

V.

Beiträge zum römischen Pfandrecht.

Von Herrn Dr. Gustav Adolf Schlayer
in Stuttgart

§. 1. Zur Lehre von den privilegirten Pfandrechten des Fiskus.

Das privilegirte Pfandrecht des Fiskus wegen Abgaben ist bekanntlich in neuerer Zeit von C. G. v. Wächter[1]) bezweifelt worden, gewiß nicht ohne Grund, wiewohl diese Ansicht wenig Anklang gefunden zu haben scheint.

Die Stelle, auf die es ankommt, lautet:

Cod IV, 46 si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata. Cst. 1. Imp. Antoninus A. Materno. „Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.“

Daß der Ausdruck „priore loco“ füglich für eine reine Zeitpriorität genommen werden könne, dafür hat Wächter gewiß mit Recht auf den Sprachgebrauch hingewiesen, den wir in einer Reihe von Quellenstellen[2]) bezüglich der Ausdrücke „prior“ und „locus“ finden. Während nämlich der erstere ganz regelmäßig bei dem Pfandrecht das höhere Alter bedeutet, kann im Zusammenhalt mit cst. 1. 5 C. qui potiores (VIII, 18) der Gebrauch des im Allgemeinen Ort, Stelle, Rang bezeichnenden Ausdrucks für den durch die Zeitpriorität, als das regelmäßige Richtmaß, bestimmten Rang um so weniger auffallend gefunden werden, als ja eine wirkliche Pfandbestellung in der Zeit nicht stattgefunden hatte, sondern nur die Ent-

1) Archiv für civilistische Praxis Bd. 14 S. 386 ff

2) Vgl. Wächter a. a. O. Not. 39, 40.

stehung eines Pfandrechts zur Zeit der Begründung der obligatio fingirt wurde. — Auch das, was Wächter weiter gegen die etwaige Einwendung der Trivialität der Stelle bei Negation eines privilegirten Pfandrechts bemerkt, dürfte nur zu billigen sein.

Nicht nur nämlich stand das Legalpfandrecht des Fiskus in dieser Ausdehnung damals noch nicht lange fest, sondern es enthält die Stelle außerdem noch eine Entscheidung von hoher praktischer Wichtigkeit. Offenbar nämlich hatte der Schuldner ein Wiedereinlösungsrecht beansprucht, vielleicht nach Analogie desjenigen, was den Prädiatoren gegenüber gegolten hatte. Wie gerne die Schuldner immer wieder hierauf zurückkamen, ersehen wir daraus, daß noch Diokletian und Maximian ihre diesfälligen Prätentionen zurückzuweisen sich genöthigt sahen.[3]) Gar wohl aber möchte bei Abfassung der Stelle ein weiterer Gesichtspunkt leitend gewesen sein, der jedenfalls den Einwand der Trivialität gründlich abschnitte. Ich denke mir die Sache nämlich so: Der Privatgläubiger mochte sich das alleinige Recht des Pfandverkaufs zugesprochen haben, da ja die einzelnen Steuerschuldigkeiten erst nach Entstehung seines Pfandrechts verfallen wären. Im Gegentheil mag der Kaiser im speziellen Fall darauf hingewiesen haben, daß vielmehr das Vermögen des Steuerpflichtigen schon kraft ältern Rangs dem Fiskus verhaftet gewesen sei. Es trat nämlich diese Haftung höchst wahrscheinlich in dem Augenblick ein, in welchem der Census über das Vermögen des Steuerpflichtigen aufgenommen und hierdurch die Quote seiner Beitragspflicht gegen den Fiskus für einen bestimmten längern Zeitraum festgestellt war.[4])

3) Cod. VIII, 20 si antiquior creditor. Cst. 2; vgl. auch Cod. IV, 46 si propter publicas pensitationes. Cst. 2, 3.

4) Vgl. Schröter in Zeitschr. f. C.-R. u. Proc. Bd. 1 S. 340. Das Gleiche nimmt jetzt auch an Dernburg. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. 1 S. 351. Die Aufnahme des Census geschah in der Kaiserzeit ohne Zweifel in zehnjährigen Zwischenräumen. Vgl. hierüber Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 375. Huschke, über den Census und die Steuerverfassung der frühern römischen Kaiserzeit S. 57 ff. Wie verhält es sich, wenn ein Grundstück veräußert ward? Hier wurde die Steuer-

Wenn ich hiernach mit Wächter annehme, daß die Existenz eines privilegirten Pfandrechts des Fiskus wegen Abgaben im römischen Rechte keineswegs nachgewiesen ist, so vermag ich dagegen demjenigen Argument nicht beizutreten, aus dem er

pflicht in Bezug auf dieses Grundstück zwar zunächst dem Erwerber auferlegt; die Generalhypothek des Fiskus konnte sich jedoch hinsichtlich der zur Zeit des frühern Besitzers fällig gewordenen Abgaben gegen diesen immer noch als wirksam erweisen, falls die Umschreibung im Steuerbuch, wobei allerdings der ältere Besitzer regelmäßig entlastet wurde (Cod. Theod. XI, 3 sine censu vel reliquis. Cst. 5, „ablataque molestia de auctore in succedentem capitatio transferatur"), noch nicht stattgefunden hatte und etwa das Grundstück desert wurde (Cod. XI, 58 de omni agro deserto. Cst. 11). Da sich aber die Steuerbeamten nicht selten weigerten, die Umschreibung vorzunehmen, so bestimmte Justinian, daß dieselbe nöthigenfalls blos auf Gefahr der auctores geschehen könne (Nov. 17 cap. 8 §. 1), womit deren fortwährende eventuelle Haftbarkeit von selbst gegeben war. Erst mit dem Augenblick der translatio dürfte auch das Generalpfandrecht am Vermögen des neuen Erwerbers begonnen haben, nicht, wie z. B. v. Vangerow, Leitfaden §. 375 Nr. 1. a annimmt, schon mit dem Augenblick des Erwerbs. Es scheint mir das dem streng formellen Sinn der Römer in derlei Dingen mehr zu entsprechen. Mit der Einschreibung erst vollzog sich der Literalcontrakt und die Novation. L. 6 de J. F. (XLIX, 14) und Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 344, 345.

Ueber die Bedeutung des Wortes „privilegium" in dieser Stelle (L. 6 cit.) herrscht ein alter Streit. Sobald man einmal die Anschauung hatte, daß der Fiskus allen andern persönlichen Gläubigern vorgehe, so zwar, daß der Fiskalschuld gegenüber sogar die Zahlung an Privatgläubiger verhindert werden konnte, mußte das gesetzliche Generalpfandrecht als unmittelbare Consequenz erscheinen, indem eben ein als debitor fiscalis in die tabulae publicae eingetragener Schuldner von diesem Augenblick an Niemand mehr aus seinem Vermögen zum Nachtheil des Fiskus sollte befriedigen können, auch nicht zufolge eines nach diesem Moment bestellten Pfandrechts. So ergab sich das persönliche Vorzugsrecht und das privilegirte Pfandrecht nur als Entwicklung eines Grundgedankens, und es möchte sich daraus erklären, wie man nach Feststellung des gesetzlichen Pfandrechts dieses unter dem allgemeinern Wort privilegium mitbegriff, beziehungsweise nach den Umständen des Falls ausschließlich mit diesem Ausdruck bezeichnete. In L. 6 cit. nun mag Ulpian für das zu seiner Zeit praktische Recht blos an das gesetzliche Pfandrecht gedacht haben: jedoch mögen die Worte „at in privilegio varie rescriptum est" gar wohl auch ältere Rescripte im Auge gehabt haben, welche die Frage lediglich für das privilegium exigendi behandelt hatten, wofür die Entscheidung gleichfalls einen guten Sinn gab. Vgl. Bachofen, das römische Pfand-

die positive Unwahrscheinlichkeit eines solchen Privilegium ableitet. Er hält nämlich die Nichterwähnung desselben, falls es eben existirt hätte, in Nov. 97 für höchst auffallend, ja beinahe unerklärlich. Betrachten wir den Inhalt der Novelle in dieser Richtung, so finden wir jedoch nur Folgendes:

Dieselbe will offenbar nur einzelne seit Erlassung der ältern Constitution,[4a]) womit der Ehefrau ältern Pfandgläubigern gegenüber ein Privilegium verliehen worden, in der Praxis aufgetauchte Zweifel lösen: zunächst in Absicht auf das Verhältniß zum jüngern [5]) privilegirten Gläubiger ob utilitatem,

recht S. 238. „Dieses Vorzugsrecht datirt von der Eintragung in das öffentliche Kalendarium, d. h. es kommt nur gegen die spätern Gläubiger des debitor cessus zur Anwendung", wogegen freilich die daneben aufgestellte Behauptung, daß, wo von privilegium schlechtweg die Rede sei, darunter blos das persönliche Vorzugsrecht verstanden werde, durch den Inhalt der Quellen unzweideutig widerlegt wird. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 344 Not. 6. Die mit der Beziehung von L. 6 cit. auf das gesetzliche Pfandrecht angeblich (Bachofen a. a. O. und noch Brinz, Pandekten Abth. 1 S. 329) unvereinbare L. 3 §. 7 de J. F. von Callistratus, ohne Zweifel von dem Verhältniß des Fiskus, als Nachfolgers eines einfachen Gläubigers, zu einem vor der Succession begründeten privilegium exigendi eines andern Gläubigers handelnd, begründet keine ernstliche Schwierigkeit. —

Mit unserer obigen Behauptung, daß das Generalpfandrecht des Fiskus am Vermögen des neuen Erwerbers erst im Augenblick der schriftlichen Novation entstanden sei, steht natürlich durchaus nicht im Widerspruch, daß der Erwerber seinem auctor gegenüber — troß entgegenstehenden Vertrags — zu Uebernahme aller um die Zeit des Erwerbs vorhandenen Steuerrückstände, sowie der von da an weiter aufgelaufenen Steuern und auch dem Fiskus gegenüber zur Anerkennung der Steuerverbindlichkeit in diesem Umfang verpflichtet war. (Cod. IV, 47 sine censu. Cst. 2), was Kaiser Julian noch besonders für die Fälle verheimlichter Besitzveränderung festsetzen zu sollen glaubte (Cst. 3 eodem).

4a) Cod. VIII, 18 qui potiores. Cst. 12.

5) Der Vorzug des ältern Gläubigers ob utilitatem scheint implicite anerkannt. Bekanntlich ist jedoch auch diese Frage nicht wenig bestritten. A. M. namentlich Vangerow §. 386 Anm. 2. Merkwürdig ist die Ansicht von Donellus (tract. de pign. et hypoth. cap. 12 §. 16 Opp. Tom. VI. Lucae 1764 p. 944), daß das Dotalprivilegium nur einen Vorzug vor andern gesetzlichen Pfandgläubigern begründe. „Illud injuria non caret, quod jus creditor vigilando et cavendo sibi acquisivit, id ei invito auferre."

sodann zum creditor in militiam. Der erste wird zu Gunsten,[5a]) der zweite zum Nachtheil der Dos entschieden. Daß Justinian in ganz casuistischer Weise zu Werke ging, ergeben die von ihm gebrauchten Ausdrücke unzweifelhaft.[6]) Wenn er dann auch im Schlußsatz auf einmal zu generalisiren scheint,[7]) so sehe ich hierin nichts Anderes, als eine Verweisung auf die in der Vorschrift des Codex enthaltene Regel, welche Justinian selbst so eben, trotzdem daß er sie früher gleichfalls ganz allgemein aufgestellt, durch eine Ausnahme durchbrochen hatte. — Wenn aber ein privilegirtes Pfandrecht des Fiskus wegen Abgaben bestanden hat, so erklärt sich nach dem eben Gesagten dessen Nichterwähnung einfach daraus, daß über dessen Verhältniß zum privilegirten Pfandrecht der Ehefrau wegen der dos dem Kaiser keine Bedenken vorgetragen worden waren.[8])

5a) Die Annahme einer Concurrenz der Ehefrau wegen ihrer Dotalforderung mit dem creditor ob utilitatem, und zwar speziell mit dem jüngeren creditor ob utilitatem (über den ältern s. vorige Note), wie sie sich z. B. bei Vangerow a. a. O. und Brinz a a. O S. 344 findet, scheint nach dem Zusammenhang der Nov. 97 cap. 3 unhaltbar. Offenbar dachte der Gesetzgeber nur an die Frage, ob die Frau vorgehen soll („utrum dotem etiam his praeponere oporteat?") Wenn Justinian, nachdem er die Frage in dieser Fassung aufgestellt, sie unter Verneinung der gegentheiligen Alternative nicht schlechthin hätte bejahen wollen, so würde er sich offenbar hierüber deutlich haben erklären müssen. Jeder Zweifel über den Sinn seiner diesfälligen Bestimmung scheint mir aber vollends durch den Schlußsatz des cap. 3 ausgeschlossen.

6) His consequens est, ut et illud definiamus, de quo in hujusmodi casibus dubitatum est — quaesitum igitur est — quoniam vero talem etiam ob causam interpellati sumus.

7) *Τῶν δὲ ἄλλων ἁπάντων κρατεῖν τὴν γυναῖκα κατὰ τὸ ἤδη παρ' ἡμῶν αὐταῖς δεδόμενον προνόμιον.* Daß Justinian hier unter den andern Gläubigern nur diejenigen Darleiher in militiam verstanden habe, welche die behufs der Erlangung des Vorzugsrechts vorgeschriebene Form nicht beobachten würden, scheint mir Schröter in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 1 S. 344 richtig bemerkt zu haben.

8) Ob Justinian die Ansprüche wegen der Steuern als schlechthin über andere erhaben angesehen und deshalb in der Novelle mit Stillschweigen übergangen habe (Dernburg a. a. O II, 436 Not. 4), möchte ich dahin gestellt sein lassen Die Ansprüche des Fiskus gegen die Steuerpächter waren bekanntlich jedenfalls blos hinsichtlich der bona post acquisita privilegirt (L. 28 de J. F.) u. vgl. auch Cod. VII, 73 de priv. fisci. Cst. 2.

§. 2. Ueber die Convalescenz gesetzlicher Pfandrechte.

Vom Standpunkt des gemeinen Rechts ist es eine praktisch nicht unwichtige Frage: ob, wenn ein Nichteigenthümer von einem Kapitalisten, der ihn für den Eigenthümer hält, ein Darlehen zum Zweck des Neubaues eines Gebäudes aufnimmt, das Pfandrecht bei späterem Erwerb des Eigenthums durch den Schuldner zu Kräften komme? Dernburg[9]) verneint sie aus folgendem Grund:

„Der Gläubiger hat ein Pfandrecht vom Gesetz erhofft; dieses bewilligte im beregten Fall ein Pfandrecht nicht; den Willen des Entleihers hat er nicht in Anspruch genommen; es kann also auch nicht die Rede davon sein, daß ein Pfandrecht durch Festhalten an früheren Erklärungen des Entleihers konvalescire?"

Sollte sich hier nicht der im Uebrigen so weit blickende Verfasser seinen Gesichtskreis absichtlich zu formell abgegränzt haben? Zuvörderst mögen hier die für diese ganze Speziallehre maßgebenden Quellenstellen wörtlich abgedruckt werden:

Dig. XX, 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. L. 1. Papinianus libro X Responsorum.

Bei dieser Gelegenheit kann ich nicht umhin, der intuitiven Begründung des Inhalts der L. 28 de J. F. durch Dernburg (Bd. 2 S. 440) gegenüber der von mir früher versuchten Auslegung den Vorzug unumwunden einzuräumen. Das nach L. 18 §. 10 D. de J. F. erübrigende Bedenken, ob nicht etwa der Fiskus in Absicht auf die Identität der pecunia publica beweispflichtig gewesen sei, erledigt sich nach dem allgemeinern Ausdruck der L. 21 eodem, sowie durch die Erwägung, daß derlei processualische Schwierigkeiten die praktischen Zwecke der Fiskalität in den meisten Fällen durchkreuzt hätten. — Betonen möchte ich übrigens doch, daß gerade von diesem Standpunkt aus eine Ausdehnung des Privilegiums über solche Contrakte hinaus sich nicht rechtfertigen lassen dürfte, wodurch der Schuldner öffentliche Gelder in die Hände bekam (also namentlich Darlehen, Pacht öffentlicher Einkünfte). Alles Geld eines fisci debitor schlechthin als pecunia publica anzusehen, wäre freilich die Spitze der Fiskalität gewesen!

9) A. a. O. Bd. 1 S. 321.

„Senatus consulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori domino mandante nummos ministravit.“

Dig. XLII, 5 de rebus auctoritate judicis. L. 24 §. 1. Ulpianus libro 63 ad Edictum.

Divus Marcus ita edixit: „Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit.“ Quod ad eum quoque pertinet, qui redemtori domino mandante pecuniam subministravit.

Dig. XII, 1 de R. Cr. L. 25. Ulpianus libro singulari de officio consularium.

„Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.“

Würden sich nicht in dem am Schluß der L. 1 und der L. 24 cit. bezeichneten weitern Fall übereinstimmend die Worte „domino mandante“ finden, so hielte man sich gewiß nach den allgemeinen Ausdrücken der Hauptentscheidung des Gesetzgebers: „qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit“ — „qui ob restitutionem aedificiorum crediderit“ ohne Weiteres für berechtigt, dem vorzüglich öffentlichen Zweck der gesetzgeberischen Bestimmung gemäß das privilegium exigendi und dann das gesetzliche Pfandrecht auch in dem Fall anzunehmen, wenn nicht der Hauseigenthümer selbst, sondern ein negotiorum gestor für ihn ein Darlehen aufgenommen hätte. Das Senatusconsult scheint eben nur von dem Darleiher ob restitutionem aedificii exstruendi geredet zu haben. Papinian und Ulpian sind nun der Ansicht, daß dasselbe auch auf den von ihnen bezeichneten Fall Anwendung finde, wo das Geld zu Handen des Bauunternehmers ausbezahlt werde. Dabei war die Voraussetzung eines Mandats des Entleihers selbstverständlich, der eben regelmäßig wieder der Bauherr selbst sein wird. Ueber die Frage, ob nicht der beauftragte oder unbeauftragte Geschäftsführer (bei letzterem allerdings spätere Rati-

habition durch den Bauherrn vorausgesetzt) eine gleiche Ermächtigung ertheilen könne, war damit ganz und gar nicht abgesprochen. Auch wäre es gewiß im Allgemeinen auffallend, wenn die Römer bei ihrem lebhaften Geldverkehr im Fall einer solchen Ermächtigung, wie Dernburg meint, nicht mehr die condictio ex mutuo, sondern nur noch die Mandatsklage zugelassen hätten. Allerdings nach dem strengen Formalismus des ältern Rechts mochte man hierüber einigen Zweifel hegen, und so scheinen auch unsere Stellen mit dem betreffenden Nachsatz nicht sowohl eine Ausdehnung des Senatusconsults, als vielmehr die Erklärung zu enthalten, daß eben richtiger Ansicht nach dieser Fall auch noch unter die allgemeine Kategorie der mutui datio falle.[10])

Offenbar war für das SConsultum der öffentliche Zweck, daß verfallene Gebäude so bald als möglich wieder errichtet werden, maßgebend. Dieser Absicht würde es aber wenig entsprochen haben, wenn man das privilegium exigendi und dann das gesetzliche Pfandrecht blos bei der Aufnahme des Geldes durch den wirklichen Eigenthümer der area hätte eintreten lassen. Beachtet man, was man bei einem aus publizistischen Zweckmäßigkeitsrücksichten gegebenen Gesetz gewiß vorzugsweise muß, weniger blos die theoretische Prinzipienreinheit, als die dabei obwaltenden praktischen Beziehungen, so wird man uns gewiß Recht geben, daß der Zweck des Gesetzes zu einem großen Theil nicht erreicht worden wäre. Dazu kommt, daß man auch vom streng juristischen Standpunkt aus zu einer solchen Beschränkung keineswegs genügenden Grund hat. Allerdings sollen singuläre Bestimmungen nicht analog ausgedehnt werden: wenn aber da, wo uns die Worte des Gesetzes in

10) Offenbar liegt hier nun eine Verbindung von mutui datio und Mandat vor, und kommt hiebei der Grundsatz in Betracht: Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. Dig. L. 17 de R. J. L. 180, vgl. auch Dig. III, 6 de calumniatoribus. L. 2; XIII, 7 de pign. act. L. 11 §. 5; XXXVIII, 5 si quid in fraudem patroni L. 5 pr.; XL, 7 de statuliberis L. 15 §. 1; XLVI, 3 de solut. LL. 49, 64 und insbesondere noch Dig. XXIV, 1 de donat. int. vir et ux. L. 3 §§. 12, 13.

ganz allgemeinen Ausdrücken berichtet werden, eine den Zwecken des Gesetzgebers widerstreitende Beschränkung hineingelegt werden will, so kann dies dadurch noch nicht hinreichend begründet werden, daß die Juristen bei Erörterung des Zweifels, ob das SC. auf einen bestimmten Fall Anwendung finde, in diesem bestimmten Fall das Eigenthum des Darlehenempfängers, bzw. Schuldners, voraussetzen: im Gegentheil war ja diese Voraussetzung eine ganz natürliche. Hieraus nun aber mit unsern Juristen den Schluß abzuleiten, daß diese spezielle Voraussetzung trotz der allgemeinen Worte des Gesetzes für alle Fälle wesentlich sei, dieses scheint mir denn doch ein ziemlicher saltus in demonstrando zu sein. Innere Gründe sprechen, wie gesagt, ganz entschieden gegen eine solche Beschränkung. Oder hätte sich der ob aedificium exstruendum Darleihende in allen Fällen auf das sorgsamste über die Eigenthumsverhältnisse des mit ihm Contrahirenden erkundigen müssen? Oder wie, wenn selbst die umsichtigste Erkundigung nach Lage der Sache nicht wohl zu Ermittelung des wahren Eigenthümers geführt hätte, da eben ein bonae fidei possessor, vielleicht schon seit 8—9 Jahren, im unangefochtenen Besitz des Pfandes sich befand? Oder wie, wenn ein malae fidei possessor, dessen Besitz aber aus zufälligen Gründen nicht leicht von Jemanden beanstandet oder bezweifelt wurde, bei späterem wirklichem Eigenthumserwerb dem Gläubiger, der ihm aus seiner Verlegenheit geholfen hatte, das Pfandrecht an der Sache abzustreiten vermocht hätte? Dieses Alles wäre offenbar der Intention des Gesetzgebers auf's entschiedenste zuwidergelaufen. Nicht minder dürfen wir aber auch annehmen, daß, wenn in Abwesenheit des Eigenthümers ein negotiorum gestor den Wiederaufbau des verfallenen Gebäudes in die Hand nehmend Geld von einem Andern entlieh, die Intention des Gesetzgebers gewiß nicht dahin gegangen sei, einem solchen Darleiher (falls nur der Bauherr später die Genehmigung ertheilt hatte — bis dahin konnte sich der Gläubiger durch cautio de rato sicher stellen) das gesetzliche Pfandrecht nicht gleichfalls zu gewähren.

Was insbesondere noch den Fall des spätern Eigenthumserwerbs durch einen contrahirenden Nichteigenthümer betrifft,

so scheint mir die zu Anfang dieses Paragraphen herausgehobene Argumentation Dernburg's völlig verfehlt; das Princip der Convalescenz ist nämlich offenbar weiter zu fassen, als dies gewöhnlich geschieht.

Zunächst allerdings stellt sich die Lehre von der Convalescenz so dar:

Wenn ein Verpfänder später das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt, so soll seine Pfandbestellung hiedurch nachträglich wirksam werden; er soll dem Pfandgläubiger nicht den Mangel des Eigenthums zur Zeit der Verpfändung entgegenhalten können. Allein das tiefere Princip der Convalescenz ist keineswegs gerade an die Pfandconvention gebunden. Wird nämlich kraft gesetzlicher Bestimmung die Pfandconvention, weil sie eben durch unmittelbare Rechtswirkung ersetzt werden soll, für überflüssig erklärt, bedarf es also einer besondern Willenserklärung auf Pfandbestellung gar nicht mehr, soll dieselbe vielmehr ohne Weiteres mit dem Eintritt einer obligatio, der Hinnahme eines Darlehens u. s. f. als vollzogen gelten, dann erstreckt sich eben bei späterer Erlangung des Eigenthums durch den Verpflichteten die Convalescenz nicht auf die frühere Willenserklärung, sondern auf den die Stelle derselben hier vertretenden gesetzlichen Eintritt des Pfandrechtsverhältnisses. Der Begriff der Convalescenz ist also in unserer Lehre ohne eine — im Wesen der Sache offenbar nicht gelegene — Beschränkung dahin zu fassen: daß sich ein Verpflichteter nicht zum Nachtheil des Gläubigers auf den Mangel des Eigenthums zu der Zeit soll berufen können, wo der Gläubiger diesen Mangel bona fide nicht vorausgesetzt hat, sofern derselbe später ergänzt wurde.

§. 3. Ueber die stillschweigende Mitverpfändung der Sclavenkinder und Thierjungen.

In den sententiae receptae von Paulus findet sich folgende Stelle:

„Foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.“

Hiernach ist die stillschweigende Verpfändung von Sclavenkindern und Thierjungen auf's unzweideutigste ausgeschlossen, während die Justinianische Compilation die entgegengesetzte Entscheidung enthält.

Cod. VIII, 25 de partu pignoris et omni causa. Cst. 1.
Imp. Alexander A. Mestriano.
„Partus pignoratae ancillae in pari causa esse, qua mater est, olim placuit“ (230).

Der Widerspruch ist unbestreitbar, und es dürfte auch der neueste Vereinigungsversuch Dernburg's [11]) schwerlich zu billigen sein. Es meint nämlich dieser Schriftsteller, daß Paulus in dem nur lückenhaft überlieferten Original fiducia und pignus einander gegenübergestellt und bei letzterem im Gegensatz zu ersterer eine Parteienconvention verlangt habe. Hiemit sei aber „nicht ausgeschlossen, daß diese Convention stillschweigend in der Verpfändung der Hauptsache enthalten sei; es hätte der Jurist unbedenklich fortfahren können: sed etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse. In der Aeußerung von Paulus liege nur die exclusive Betonung der einen Seite unseres Verhältnisses, keineswegs aber ein Widerspruch.“ Man wird vielmehr mit Bachofen [12]) annehmen müssen, daß — wenigstens in der Anschauung des Paulus — dasjenige, was man hinsichtlich der stillschweigenden Mitverpfändung bei Früchten annahm, auf Sclavenkinder und Thierjungen nicht übertragbar gefunden wurde. Nur scheint es wieder unrichtig, wenn Bachofen (a. a. O. S. 146 fg.) annimmt, daß Paulus diese stillschweigende Verpfändung blos bei dem reinen Vertrags-, nicht auch bei dem Faustpfand ausschließe. Daß in Absicht auf den Umfang der als Pfand haftenden Gegenstände ein Unterschied zwischen Faustpfand und blosem Vertragspfand stattgefunden, ist keineswegs erwiesen und vielmehr aus innern Gründen sehr unwahrscheinlich. Die Rubrik des Titels „de partu pignoris et omni causa“ be-

---

11) Bd. 1 S 441, 442, wo übrigens die gekünstelte Erklärung Huschke's mit Recht zurückgewiesen wird.

12) Das römische Pfandrecht S. 154.

zieht sich keineswegs nothwendig auf den Umfang der Restitutionspflicht bei dem Faustpfand; vielmehr dürfte sie nach Inhalt von cst. 2 eodem eher auf den Umfang des Pfandwerths bezogen werden, sofern dieser eben nicht blos in der unmittelbaren Pfandsache liegt, sondern desgleichen im partus ancillae, in Sclavendiensten u. s. f. bestehen kann. Daß die Leistung der letztern allerdings den Besitz des Pfandes bei dem Gläubiger voraussetzt, beweist noch keineswegs, daß hinsichtlich des partus pignoris, selbst wenn cst. 1 cit. in der That blos ein Faustpfand im Auge gehabt hätte, bei dem Vertragspfand ein anderer Grundsatz gelten soll. In der That sieht sich Bachofen,[13]) um seinen Satz aufrecht zu halten, bei L. 1 D. de Salviano interdicto (XLIII, 33)

Julianus libro 49 Digestorum.

„Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet“

zu der besondern Einräumung veranlaßt, „daß dem Pfandbesitz das mit dem salvianischen Interdikt geschützte Apprehensionsrecht völlig gleich gelte“ — ein Satz, der folgerichtig zur Aufhebung des ganzen Unterschieds hätte führen müssen.

Ich glaube eben, daß man hier einen Widerspruch zwischen Paulus und andern Juristen, beziehungsweise mit der Justinianischen Compilation anerkennen muß. In älterer Zeit, wo man streng am Formalismus festhielt, mußten ohnehin nicht nur Thierjungen und Sclavenkinder, sondern auch Früchte ausdrücklich mit der Hauptsache verpfändet werden. Später nahm man bei Früchten allgemein eine stillschweigende Mitverpfändung an. Auf lebendige Früchte, d. i. Thierjunge, und dann vollends auf Sclavenkinder diese Anschauung zu übertragen, nahmen gewiß viele Juristen Anstand, und es waltete hiebei offenbar der Gesichtspunkt ob, daß eine gleiche Präsumtion bei

---

13) Gegen die willkürliche Unterstellung von Bachofen a. a. O., daß das Kind zur Zeit der Klaganstellung sich wieder auf dem Gut befunden, vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 342.

dieser Art von Nebensachen, die wegen des selbständigen Lebens, das ihnen zukommt, eine viel größere Bedeutung haben, sich nicht rechtfertigen lasse. Dieser Anschauung steht namentlich die L. 26 §. 2 de pignoribus (XX, 1) von Modestin so wenig entgegen, daß vielmehr danach eher die Nothwendigkeit ausdrücklicher Mitverpfändung angezeigt scheint. Die L. 29 §. 1 eodem aber handelt von einer verpfändeten Sachgesammtheit, so daß hier, wie Bachofen (a. a. O. S. 54) richtig bemerkt, die Kinder nicht kraft ihrer Abstammung von verpfändeten Müttern, sondern principaliter kraft eines auch sie umfassenden Pfandvertrags verhaftet waren. Größere Schwierigkeit erregt

Dig. XIII, 7 de pign. act. L. 18 §§. 2, 3. Paulus libro XXIX ad Edictum.

(§. 2). Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

(§. 3). Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis; et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: „quaeque ex silva facta natave sint."

Eine ausdrückliche Verpfändung des nasciturus im §. 2 vorauszusetzen[14]), scheint wegen des Inhalts von §. 3, wo eben im Gegensatz zum Vorangegangenen von der Nothwendigkeit einer solchen besondern Pfandberedung gehandelt wird, etwas bedenklich. Man wird daher den anscheinenden Widerspruch des Paulus mit sich selbst in anderer Weise lösen müssen. Vergleicht man nun die Satzconstruktion der §§. 2, 3 mit derenigen von Pr. §§ 1, 4 eodem, so scheint sich mit ziemlicher Sicherheit zu ergeben, daß Paulus im §. 2, wie er uns vorliegt, sowie im §. 3, zunächst nicht seine eigene Ansicht, sondern die eines ältern Juristen anführte. Es ist aber weiter gewiß höchst unwahrscheinlich, daß Paulus über eine verhältnißmäßig wichtige Frage so schnell hinweggegangen sei, während es sich

14) Wie Bachofen a. a. O. S. 154 will.

leicht erklärt, wie Tribonian nach dem seit der cst. 1 cit. festgestellten neuern Recht die abweichende Ansicht des Paulus einfach übergehen zu sollen glaubte. Mir scheint der durchaus nicht gedrängte Inhalt des §. 3 auf eine entsprechende vorgängige Erörterung des Falls vom partus ancillae hinzuweisen, über den eben unser §. 2 nur noch ein abgerissenes Sätzchen enthält.

Meine Ansicht über die ganze Frage möchte ich schließlich noch so zusammenfassen:

Die stillschweigende Mitverpfändung künftiger Früchte entsprach dem Geiste des älteren römischen Rechts nicht. So ist es denn ganz erklärlich, daß, als man später übereinkam, sie bei Früchten im eigentlichen Sinn [15]) zuzulassen, manche Juristen eine Uebertragung dieses Satzes auf solche Nebensachen dieser Art, denen ein selbständiges Leben zukam, auf Thierjunge also und vollends auf Sclavenkinder, bedenklich fanden. Nachdem nun aber Alexander Sever in Uebereinstimmung vielleicht mit der gewöhnlichen Meinung, die eben die feineren classischen Bedenklichkeiten nicht theilte, die stillschweigende Mitverpfändung von Sclavenkindern als längst angenommen sanctionirt hatte, scheint die gegentheilige Ansicht des Paulus und vielleicht auch anderer classischer Juristen aus der Compilation entfernt worden zu sein (vgl. namentlich Dig. XIII, 7 de pign. act. L. 18 §§. 2, 3).

§. 4. Ueber die Rückforderung des in turpi causa gegebenen Pfandes.

Die Quellen entscheiden diese Frage nicht unmittelbar; sie handeln vielmehr nur von der Rückforderung zu Eigenthum übergebener Sachen, und stellen hiebei den Grundsatz auf, daß, wenn blos der Empfänger in turpi causa sich befinde, die Rückforderung begründet, dagegen solche unzulässig sei, wo

---

15) In Absicht auf Sklavenkinder leugnet bekanntlich das römische Recht die Anwendbarkeit des Fruchtbegriffs mit — auch culturgeschichtlich immerhin zu beachtender — Entschiedenheit; vgl. namentlich Dig. VII, 1 de usufructu L. 68 pr.

Schändlichkeit für beide Theile obwalte. Daß nun im ersten Fall der Geber auch das zu Sicherung des künftigen Empfängers einer Gabe verliehene Pfand ebenso zurückfordern könne, wie diese Gabe selbst, ergibt sich unmittelbar zufolge eines argumentum a majori ad minus. Zweifelhaft ist dagegen die Frage, ob die Rückforderung des Pfandes nicht auch in turpi causa dantis et accipientis zulässig sei. — Hierüber waren die Meinungen seit der Zeit der Glossatoren [16]) getheilt. Der neueste ausgezeichnete Bearbeiter der Gesammtlehre vom römischen Pfandrecht [17]) sagt in dieser Hinsicht Folgendes:

„Es ist nicht zu leugnen, in der Pfandhingabe liegt nicht selten — namentlich wenn sie von Anfang an oder wenigstens vor Vollbringung der Frevelthat geschah, eine neue Schändlichkeit, ein Stimulus zur Vollziehung des Verbrechens. Aber der Verpfänder macht bei Rückforderung des Pfandes nicht die Schändlichkeit der Verpfändung zur Basis seiner Klage; diesen Umstand kann und wird er ganz aus dem Spiel lassen; sein Klagefundament bildet die juristische Haltlosigkeit einer Pfandbestellung — ohne gültige Forderung. Hiebei muß er denn allerdings auf die Schändlichkeit der Forderung rekurriren, aber immer erst in zweiter Linie, und in dieser Form duldete man das Vorbringen. Diese Distinktion ist subtil, aber nicht willkürlich, und durch Papinian anerkannt. L. 5 D. de cond. sine causa XII, 7. Die Hingabe der Dos an den nahen Verwandten, mit welchem der Scheinabschluß der Ehe beabsichtigt wird, ist ein schändlicher Akt, Vorbereitung und Antrieb zu Stuprum und Incest. Gleichwohl gestattet Papinian die Rückforderung: denn die Klage stützt sich nicht auf die Schändlichkeit einer solchen Bestellung, son-

16) Cf. Hugolini dissensiones Dominorum ed. Haenel p. 400. Jo Bassianus ließ wenigstens die rei vindicatio zu: „iste convenitur non tanquam ipse, sed tanquam quilibet possessor." Auf der Gegenseite (namentlich von Albericus und Martinus Bassianus) wurde geltend gemacht, daß auch diese Klage, gegen den Pfandbesitzer gerichtet, nur nach geschehener solutio oder satisfactio zulässig sei. Die Glosse des Accursius zu cst. 2 C. de cond. ob turpem causam pflichtet der Ansicht des Joannes bei.

17) Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 543, 544.

dern auf die Unmöglichkeit der Ehe, ohne welche eine Dos nicht denkbar ist.[18])

Mir scheint im Gegentheil das den diesfälligen Entscheidungen der Quellen zu Grunde liegende Princip durchgreifend zu sein, welches Dernburg hier blos als Zweifelsgrund anführt: daß nämlich „das Recht beiden Theilen schändliche Contracte ignorirt, so daß der factische Bestand aufrecht verbleiben muß." Ich kann mich aber auch durchaus nicht überzeugen, daß Papinian diesen der Würde des Rechts so sehr entsprechenden Grundsatz durch Aufstellung einer im concreten Fall beinahe frivolen Subtilität in L. 5 cit. auf eine bei ihm wahrhaft doppelt auffallende Weise verleugnet hätte. In der That dürfte eine nähere Betrachtung dieses oft ausgelegten Fragments gerade nach dieser neuesten Aufstellung Dernburg's nicht überflüssig sein.

Papinianus libro XI Quaestionum.

Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit: an eandem repetere possit, quaesitum est. Dixi, quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam[19]) turpem causam in proposito, quam nullam fuisse; quum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse.

(§. 1.) Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit, cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur: atqui vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit.

---

18) Die Zulässigkeit der Rückforderung hatten von den Neuern zuvor namentlich Thibaut civ. Abh. S. 327 ff. und Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 40 ff. vertheidigt.

19) Die Florentina hat dieses Wörtchen nicht: jedenfalls begründet es keine verschiedene Auslegung.

Der einfache Gedankengang im Principium der Stelle scheint mir folgender zu sein:

Eine Nichte hatte ihrem mütterlichen Oheim, den sie heirathen gewollt, eine dos gegeben. Es kam jedoch nicht zur Ehe, und nun fragt es sich, ob das als dos Gegebene zurückgefordert werden könne. Bei Entscheidung des Falls thut Papinian zunächst in Form eines Zweifelsgrunds des in L. 3, 4 pr. §. 1 D. de cond. ob turp. caus. (XII, 5) enthaltenen Grundsatzes Erwähnung, und fügt bei, hierauf gestützt, möchte vielleicht Einer der Nichte die Rückforderung absprechen, allein dagegen sei geltend zu machen, daß hier keine turpis causa vorliege, sondern eben überhaupt jeder Rechtsgrund mangle, weil nämlich das gegebene Geld gar nicht giltig als dos hätte bestellt werden können: eine turpis causa sei deshalb nicht anzunehmen, weil das Geld nicht als Anreiz zu stuprum, sondern der Ehe wegen — als künftige dos — gegeben worden. Wäre blos ein Scheinabschluß der Ehe Seitens der Nichte beabsichtigt gewesen, wie Dernburg annimmt, dann würde ja das Geld in der That stupri causa gegeben worden sein, und Papinian hätte keinenfalls sagen können: non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse. Er würde sich vielmehr etwa folgendermaßen ausgedrückt haben: „Sed recte defendi magis spectandum quod nulla quam quod turpis causa sit" und er hätte den ganzen Satz zum Mindesten mit videri beschlossen, — wenn anders je ein Mann, wie er, den Formalismus auf Kosten sittlicher Principien soweit treiben konnte, derselbe Mann, der die L. 15 D. de conditionibus institutionum (XXVIII, 7) schrieb und deren Inhalt durch den Tod bekräftigte! Man halte uns nicht entgegen, Papinian habe es freilich nicht einfallen können, die Schändlichkeit des Incests zu bezweifeln: davon handle es sich aber ja ganz und gar nicht, sondern um den rein civilistischen Grundsatz der Rückforderung der dos bei unmöglicher Ehe! Wir glauben eben entschieden bestreiten zu sollen, daß Papinian in L. 5 pr. cit. den geringsten Anhaltspunkt gewähre für eine Abweichung von jenem würdigen Princip zu Gunsten einer Unwürdigen, die demnach ihren Anreizungen nur geschickt ein civilistisches Män-

telchen umzuhängen gebraucht hätte, um sich schließlich auch noch pecuniär schadlos zu halten.[19a]) Die Nichte hatte eben in Unkenntniß des gesetzlichen Verbots die Ehe mit ihrem mütterlichen Oheim in Wirklichkeit beabsichtigt; eben deshalb lag von ihrer Seite eine Schändlichkeit gar nicht vor. Nur unter dieser Voraussetzung sind auch die Anfangsworte der Stelle: „Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit“ passend, die sich bei der Annahme einer von der Nichte beabsichtigten Scheinehe nichts weniger als natürlich ausnähmen. Aber auch die Ausdrucksweise des Schlußsatzes trägt, wie bereits erwähnt, nur so das Gepräge natürlicher Wahrheit, und der Zwischensatz: Dixi — condictionem kann um so weniger Bedenken erregen, als Papinian offenbar des Gedankens an den Satz der L. 3 D. de cond. ob turpem causam bei dem vorliegenden Fall in einer Weise Erwähnung thut, daß man wohl sieht, er halte denselben von vornherein für ziemlich schülerhaft.[19b])

Wenn ferner Dernburg[20]) meint, „der Ausspruch Papinian's müsse um so eher bei der Pfandbestellung für die schändliche Schuld Anwendung finden, weil die Verweigerung der Rückforderung des Pfands indirekt dem Pfandnehmer die Möglichkeit sichern würde, sich noch Zahlung durch einen Pfandverkauf zu erzwingen, was gewiß nicht im Interesse des Rechts läge und besonders auffallend wäre, wenn der Promissor das Versprechen vor dessen Vollendung bereuen und in Folge dessen das Pfand zurückfordern würde," so kann ich mich auch von der Richtigkeit dieser Bemerkung nicht überzeugen.

So wenig wir nämlich nach dem Vorstehenden einen zu subtilen Formalismus des Rechtes im Zweifel und noch mehr, wenn bestimmte höhere, im Rechtssystem durchweg anerkannte, Rücksichten entgegenstehen, annehmen können, so sehr müssen

---

19a) Schon die factischen Voraussetzungen der Stelle müßten, wenn man von einem Irrthum absieht, nicht eben gewöhnlich sein: bleibt uns dann nur die Wahl zwischen einer sehr verdorbenen Nichte oder — einem höchst liebenswürdigen avunculus.

19b) Richtig bemerkt schon die Glosse: Quod autem dicit: in delicto pari etc.: refertur ad extrinsecos casus.

20) A. a O. S. 544, 545.

meines Erachtens derlei Billigkeitsgründe, wie sie der obigen Bemerkung zu Grunde liegen, gegenüber der unzweifelhaften civilistischen Rechtsconsequenz da zurücktreten, wo eben unter solcher durchaus keines jener höhern Interessen leidet. Pfandnehmer und Verpfänder mögen sich in solchem Fall verständigen. Ersterer hat einmal den Besitz, und letzterer ist in dieser Hinsicht nach dem oben als durchgreifend bezeichneten Princip rechtlos: er kann nicht vor Gericht mit direkter oder indirekter Beziehung auf die turpis causa gegen den Pfandnehmer auftreten. Deshalb steht ihm namentlich auch nicht die Eigenthumsklage, beziehungsweise die Publiciana in rem actio gegen den Pfandnehmer zu: denn wenn er gleich hier zunächst nur sein Eigenthum, sein publizianisches Recht klagweise geltend machte, so würde doch zufolge des Einwands des Beklagten, daß ihm die Sache als Pfand übergeben worden sei, in der Replik die Richtigkeit dieser Pfandbestellung und endlich in der Duplik der Grundsatz: „in delicto pari potiorem esse possessorem“ zur Sprache kommen. Warum aber letzterer nicht auch hier durchgreifen sollte,[21]) ist kaum abzusehen, da ihm eben das tiefere Prinzip der Belassung des factischen Bestands im Fall gleicher Schändlichkeit der Parteien zu Grunde liegt. Was aber die von Dernburg hervorgehobene Möglichkeit des Pfandverkaufs betrifft, so dürfte bei näherer Betrachtung deren praktische Bedeutung ziemlich zusammenschrumpfen. Wenn nämlich der Pfandnehmer das Pfand weiter veräußerte, dann sehe ich kein Hinderniß, warum nicht der Pfandgeber gegen den Dritten sein Eigenthum, seinen publizianischen Anspruch, die ihm rechtlich nie abhanden gekommen sind, wieder geltend machen könnte. Wollte hier der dritte Besitzer die exceptio rei (sc.

21) Seuffert, Erörterungen Abth. 2 S. 87 will hier mit der replica doli abschließen und so dem Kläger den Sieg verschaffen. Dies scheint ebenso willkürlich, als die Behauptung, daß L. 25 de pignoribus, die ganz allgemein von Pfandbestellungen bei ungültigen Contrakten redet, speziell unsern Fall im Auge gehabt haben werde. Ob eine Sache wegen einer turpis causa zu Eigenthum oder zu Pfand übergeben wird, scheint eben für die Passivität der Rechtspflege gegenüber den in turpi causa Befindlichen principiell unerheblich.

auctori) pigneratae entgegensetzen, so könnte sich der Pfandgeber wieder auf die Richtigkeit der Pfandbestellung berufen, wogegen, wie ich glaube, der dritte Besitzer die seinem Auktor zugestandene Duplik: in pari causa etc. nicht geltend machen könnte, da diese nichts weiter besagen will, als daß der zur Zeit ihrer Geltendmachung obwaltende factische Besitzstand im Verhältniß der beiden an einer turpitudo betheiligten Parteien aufrecht zu halten sei. Das Recht will offenbar nicht den im factischen Besitz befindlichen bei einer turpis causa Betheiligten mit einer Rechtsgarantie versehen, die, als solche, im Zweifel allerdings auf jeden Rechtsnachfolger überginge, vielmehr verhält sich das Rechtsgesetz in einem solchen Fall eben rein passiv: diese Passivität muß aber sofort aufhören, wo es sich um die Rechtsbeziehung zu einer dritten Person handelt, zwischen der und dem Pfandgeber von einer turpitudo causae überhaupt nicht die Rede sein konnte. Hiebei erhebt sich die nicht uninteressante Frage, ob auch schon der in turpi causa Empfangende selbst die Sache auf ordentlichem Weg ersitzen könne, oder ob dies blos dem dritten gutgläubigen Erwerber möglich sei. Richtiger dürfte es sein, dem Empfänger selbst nur die Möglichkeit außerordentlicher Ersitzung zu gewähren, indem ihm ein wirklicher oder im Sinn des Gesetzes putativer Rechtstitel zum Eigenthumserwerb durch die nach der Regel: in pari causa etc. geschehene Belassung des factischen Besitzstandes keineswegs ertheilt worden ist; dagegen wird ihm die zur außerordentlichen Ersitzung nöthige bona fides kaum abzusprechen sein, indem er sich immerhin wegen des Ausschlusses der Rückforderung subjectiv zum Usucapionserwerb berechtigt halten durfte. Natürlich kann dann auch der Nachfolger unter den allgemeinen Voraussetzungen von der accessio possessionis Gebrauch machen. Hat aber dieser zur Zeit des von dem Pfandgeber angestellten Eigenthums-, bzw. publizianischen Prozesses die Sache noch nicht entweder von sich aus auf ordentlichem Weg ersessen oder aber vermittels außerordentlicher Ersitzung erworben, so kann es sich natürlich auch nicht etwa von einem Retentionsrecht handeln,

da eben das Pfandrecht des Auktor, auf das er sich hiebei stützen möchte, von Anfang an nichtig war.

Was namentlich noch den von Dernburg besonders hervorgehobenen Fall einer Rückforderung des Pfandes aus Reue, und zwar vor Vollendung der Hauptstipulation, betrifft, so möchte denn doch im Zweifel die Hingabe eines Pfandes als Bekräftigung eines bereits vollendeten Abkommens anzusehen sein.

Wenn dagegen ein Pfand blos vorläufig für den Fall einer erst noch zu schließenden schändlichen Beredung übergeben wird, so ist allerdings die Frage zweifelhafter. Indeß wird man richtiger sagen müssen, es liege hier schon in der Pfandhingabe eine turpitudo, weshalb das Recht eben einfach den factischen Bestand belasse. Allerdings läge in der Rückforderung des Pfandes vor Abschluß der Hauptstipulation eine Reue; ob aber diese hier nach oder vor Vollendung der turpitudo eintrete, das ist eben die Frage, die meines Erachtens im eben angeführten Sinn zu lösen ist. Die ganz besondern dem Gebiete der Criminalpolitik anheimfallenden Fälle der Straflosigkeit nach vollendetem Verbrechen oder den allgemeinen Grundsatz der Straflosigkeit freiwillig aufgegebenen Versuchs auf die civilrechtlichen Wirkungen einer turpitudo herüberzutragen erscheint gewiß als unzulässig.

Geradezu willkürlich scheint es mir endlich, die Rückforderungsklage zwar zu gestatten, wenn das Pfand noch zur Verfügung des Pfandnehmers ist, nicht aber wenn er dasselbe bereits verkauft hat: denn, geht man mit Dernburg von der juristischen Haltlosigkeit der Pfandbestellung aus, so ist ja dieser Umstand völlig unerheblich, indem dann eben auch der Pfandverkauf in sich zusammenfällt. Eine Selbstbefriedigung des Pfandnehmers aus dem Erlös kann ja wegen der Nichtigkeit der Verpfändung und folgeweise des Pfandverkaufs durchaus nicht etwa einer Hingabe von Geldstücken zu Eigenthum in der Rechtswirkung gleich gestellt werden. Wenn ferner Dernburg nach Tilgung der Hauptforderung aus dem Pfanderlös die **actio pigneratitia** schlechthin ausschließt, so dürfte nach seinen Prämissen immer noch die Frage aufzuwerfen sein, ob

nicht diese Klage oder doch eine condictio sine causa auf die etwaige hyperocha begründet wäre? Allein richtiger kann eben der ganze Pfandverkauf bei der eigenen ursprünglichen Voraussetzung Dernburg's über die juristische Haltlosigkeit der Pfandbestellung gar keine rechtlichen Folgen mehr äußern. Auch der Pfandkäufer kann aus einem solchen nichtigen Pfandverkauf an sich keine Rechte gegen den Verpfänder herleiten; nur einen Usucapionstitel hat er und kann sich, wenn er den Verkäufer bona fide für zum Verkauf berechtigt hielt, nach kanonischem Recht sogar nur dann, wenn er die ganze Verjährungsfrist hindurch diesen guten Glauben bewahrte, durch Ersitzung zum Eigenthümer machen: mangelte ihm auch die bona fides, so würde ihn eben nur der Ablauf der Klagverjährungsfrist schützen.

Wir müssen schließlich noch einen Zweifel erledigen, zu dem der Inhalt der L. 5 D. de cond. sine causa führen könnte und in der That schon geführt hat. Wir haben bei unserer Erklärung dieser Stelle eine im Rechtsirrthum befindliche Nichte vorausgesetzt; allein fällt nicht unsere ganze Argumentation dadurch zusammen, daß im §. 1 der Stelle einer Stief- und Schwiegertochter unter denselben Voraussetzungen, wie sie im Princ. der Stelle vorliegen, die gleiche Rückforderungsklage zugesprochen wird? Sollte man auch hier einen entschuldbaren Irrthum annehmen können, unter dessen Voraussetzung allein das Dasein einer turpis causa auf Seiten der Frauensperson wegfällt? Man könnte zunächst an einen thatsächlichen Irrthum über das Schwägerschaftsverhältniß denken, wo man dann auch des Parallelismus wegen im Princ. der Stelle einen solchen der Nichte über ihr Verwandtschaftsverhältniß vorauszusetzen sich gezwungen sähe. In diesem Fall jedoch wäre die Frage des fortassis aliquis unzweifelhaft eine quaestio Domitiana gewesen: auch empfehlen sich die seltensten Fälle im Zweifel nicht zu factischen Voraussetzungen. Wir müssen also, wenn wir unsern ganzen bisherigen Gedankengang bei Auslegung der L. 5 cit. nicht wieder aufzugeben Willens sind, auch im Fall des §. 1 einen Rechtsirrthum über das Verbot des Incests bei der Schwägerschaft ersten Grads annehmen,

wozu eben wieder die Worte: „pecuniam dotis nomine dedit" vollkommen passen, die bei einer Scheinehe offenbar des Ausdrucks innerer Wahrheit entbehrten. Es konnten allerdings Zweifel darüber obwalten, ob hier nicht eine turpis causa auch auf Seiten der im Rechtsirrthum befangen gewesenen Frauensperson anzunehmen sei, indem sie eben das Recht insoweit hätte kennen sollen, und ihre Rechtsunwissenheit zwar bei dem incestus juris civilis, nicht auch bei einem incestus juris gentium, wozu Papinian[22]) eben auch den Incest mit Verschwägerten des ersten Grads rechnet, zu entschuldigen sei. Papinian entscheidet sich für die mildere Ansicht[23]) und nimmt

22) Vgl. dagegen Paulus in Dig. XXIII, 2 de R. N. L. 68 und Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht Bd. 1 S. 168 Not. 13.

23) Diese rechtfertigte sich dadurch, daß der Fall auch nach Papinian's Ansicht auf der Grenze zum incestus juris civilis liegen mußte — vgl. hier Birnbaum im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 11 S. 305 und Heffter ebendaselbst Bd. 12 S. 256 — und überdies eine, auch in Absicht auf Bestrafung milder angesehene, incestuose Ehe beabsichtigt war. Dig. XLVIII, 5 ad legem Juliam de adulteriis L. 38 §. 5 und Wächter a. a. O. — Gegen die Meinung des Cujacius (in lib. XI quaest. Papin. ad L. ult. Dig. de cond sine causa), die Zugrundelegung eines Irrthums in L. 5 cit. sei unerheblich, vgl. schon die Ausführung bei Donellus (ad cst. 1 C. de cond. ob caus. dat. n. 4. Opp. Tom. VII Lucae 1765 p. 722), welcher freilich auch der — zum Mindesten sehr entfernten — Möglichkeit eines faktischen Irrthums gedenkt. Einen Rechtsirrthum der Frauensperson hatten schon Azo, der sich hiebei auf Joannes Bassianus stützt (Azonis comment. ad cst. 1 C. de cond. ob caus. dat.) und Accursius ad h. l. angenommen. A. M war dagegen gewesen Placentinus (Azonis comment. l. c.). Der Ansicht des Cujacius folgten u. A. Anton Faber und Retes. Ein ganz besonderes Mißverständniß scheint bei Ersterem vorzuliegen, wenn er in seinen Rational. ad Pand. zum §. 1 unserer Stelle Folgendes bemerkt: „Tanto minus quidem excusari posse eas personas, quae incestum jure gentium commiserunt, quia jus gentium hac parte jus naturale est, quod natura ipsa et naturalis ratio atque honestas omnes homines docuit; sed tamen tanto magis verum esse nullam dandae dotis causam fuisse eo casu, quo matrimonium sine incestu contrahi non potuit, ideoque non minus in hac specie, quam in superiore, immo longe magis dandam esse mulieri condictionem ejus pecuniae, quae non propter incestum, sed propter futurum matrimonium data esset, condictionem, inquam, sine causa, dummodo non sint secutae nuptiae." Im Uebrigen wird auf

auch hier vielmehr („vel magis") eine nulla causa dotis dandae an, schließt also die turpis causa aus, bei deren Bejahung er meines Erachtens die Rückforderung nimmermehr zugelassen hätte.

---

dieser Seite mehrfach betont, daß die Frau freiwillig von dem Vollzug der nichtigen Ehe abgestanden sei und ihr deshalb das Rückforderungsrecht zustehe (vgl. namentlich de Retes opuscula lib. II sect. 2 cap. 9 in Meerman thesaur. Tom. VI p. 141, 142). Allein eine solche Beschränkung des Grundsatzes von der Unzulässigkeit der Rückforderung bei turpitudo dantis ist nirgends nachzuweisen. Oder sollte etwa derjenige, welcher den Richter bestochen hat, das Rückforderungsrecht haben, wenn er ihn nachträglich bittet, gerecht zu urtheilen, der Dieb, wenn er sich nachträglich selbst anzeigt oder von dem Empfänger verrathen wird, der das stuprum Beabsichtigende, wenn es aus irgend welchem Grund, aus wirklicher Reue oder mit deren nicht zu widerlegendem Vorwand, nicht zur Verübung gekommen wäre? Zu welchen widerlichen Contestationen müßte es namentlich im letztern Fall kommen? Ich weiß wohl, daß man von dem rein juridischen Gesichtspunkt aus einwenden könnte, in den beiden erstgenannten Fällen habe der Geber schon ein Verbrechen vollendet, und es handle sich nur noch um Sicherung des Erfolgs; im letzten Fall aber sei gleichfalls die Verübung des Vergehens höchst wahrscheinlich vorausgesetzt, wie schon aus dem Beisatz „vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se" in L 4 pr. D. de cond. ob turpem (XII, 5) erhellen dürfte. Allein nicht nur ist die letztere Annahme willkürlich, sondern es wäre auch in der That höchst auffallend, wenn eine so wichtige, aus der Analogie des bekannten criminal-politischen, im römischen Recht überdies nur spärlich anerkannten Satzes keineswegs zu rechtfertigende Beschränkung des civilrechtlichen Princips der Passivität der Rechtspflege in pari turpitudine beider Contrahenten durchaus mit Stillschweigen übergangen sein würde. — Ganz unabhängig von diesem Princip ist es, daß allerdings im Fall der Vollendung des Vergehens die dos schlechthin der Staatskasse verfallen war. Ob auch schon im ältern Recht Ausnahmen von diesem Grundsatz bei einem nach den Umständen besonders entschuldbaren Irrthum gemacht wurden, wie dies unzweifelhaft später der Fall war, muß dahin gestellt bleiben und wohl eher verneint werden: finden wir doch noch später, daß in dieser Hinsicht, je nachdem man eben das durch eine solche Ehe objectiv gegebene öffentliche Aergerniß gegenüber der Subjectivität der Betheiligten mehr oder minder in die Wagschaale legte, die Gesetzgebung wechselte (vgl. Cod. V, 5 de incest. nupt. Cst. 6 vgl. mit cst. 4 eodem und wieder Nov. 12 cap. 1). Die Worte „neque nupsit" waren also in L 5 cit. durchaus wesentlich, nicht zwar wegen des privatrechtlichen Verhältnisses der bei der incestuosen Ehe Betheiligten

§. 5. Ueber das Retentionsrecht des Pfandgläubigers bei Chirographar-Forderungen.

Das hieher gehörige Rescript des Kaisers Gordian aus dem Jahr 239 n. Chr. lautet:

„Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris: jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre."

Die Stelle ergiebt unmittelbar, daß Gordian kein jus singulare einführen, sondern sich bei seiner Entscheidung lediglich auf das bestehende Recht stützen wollte („jure enim contendis"): es widerstreitet eben, das ist der Gedankengang, der bona fides, wenn ein Schuldner, dem der das Pfand besitzende Gläubiger außer der Pfandforderung weiteres Geld creditirt und dadurch besonderes Vertrauen erzeigt hat, blos die Pfandforderung abtragen und darauf dem Gläubiger die gestellte Sicherheit entwinden will. Vielleicht daß diese billige Auffassungsweise vor Gordian nicht immer Beifall fand. Dem ältern Recht war sie wohl jedenfalls fremd. Daß aber dieselbe zur Zeit des Septimius Severus und des Ulpian noch nicht bestanden, kann jedenfalls weder aus Dig. XIII, 7 de pign. act. L. 11 §. 3 noch aus Cod. IV, 32 de usuris. Cst. 4 geschlossen werden.[24])

Eine ziemlich bestrittene Frage ist nun, ob das Retentionsrecht auch auf cedirte chirographarische Forderungen Anwendung finde?

---

zu einander, sondern wegen des aus dem vollendeten Vergehen der Staatskasse erwachsenen Anspruchs — Ueber die merkwürdige Zulassung der Ehe zwischen Nichte und patruus im Gegensatz des Verbots mit dem mütterlichen Oheim vgl. Sueton. vita Claudii cap. 26, Tac. ann. XII, cap. 1—8. Gaj. I, 62 und Cod. V, 4 de nuptiis. Cst. 17.

24) A. M. Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 96, 97. Vgl. in dieser Hinsicht Schwanert, die Naturalobligation des römischen Rechts S. 150, 151.

Wir glauben dieselbe eher verneinen zu sollen. Die aequitas der Retention fand eben nur die Anwendung, wo der Pfandgläubiger selbst dem Schuldner weiter creditirt und dadurch besonderes Vertrauen erzeigt hatte. Zuzugeben ist freilich, daß auch chirographarische Forderungen mit Rücksicht auf die Pfänder, die für eine andere Forderung versetzt sind, zuweilen länger gestundet werden mögen: da es aber lediglich quaestio facti wäre, ob dies im einzelnen Fall zuträfe, und eine Ausdehnung des Retentionsrechts auf cedirte Forderungen ebensogut in vielen Fällen mißbräuchlich benützt werden könnte, da also die ratio dieser aequitas (die man nach neuerem Recht als im jus commune begründet annehmen muß) auf cedirte Forderungen keineswegs allgemein und ohne Weiteres zutrifft, eine individualisirende Anwendung der ratio aber, abgesehen von Fällen, wo die Willensrichtung wesentlich in Betracht kommt, dem Geiste des Civilrechts widerstreitet, so muß man von einer Ausdehnung des Gesetzes auf solche, durch die Worte desselben jedenfalls ausgeschlossene,[25]) Fälle wohl eher absehen. Daß es „eine Unbilligkeit bleibt, wenn der Schuldner seine Schulden nicht zahlt und dem Cessionar das mögliche Executionsobject wegzunehmen sucht", wie sich Dernburg[26]) ausdrückt, mag im Allgemeinen zugegeben werden; allein die Frage ist eben, inwieweit der Gesetzgeber diese Billigkeit positiv anerkannt hat. Wenn Dernburg weiter[27]) geltend macht, daß der Gläubiger, wenn es zum Pfandverkauf gekommen wäre, auch die cedirten Forderungen aus der hyperocha abgetragen hätte, so mag man dies gemäß den Grundsätzen über Compensation als richtig zugeben: daraus aber ein Retentionsrecht für den Fall

---

25) Offenbar ist bei Erforschung der ratio des Gesetzes nicht auf die allgemeinen Einleitungsworte: „pecunia, quae sine pignore debetur" das Hauptgewicht zu legen, sondern auf die im Begründungssatz enthaltenen: quam mutuam simpliciter acceperunt; vgl. Dernburg a. a. O. S. 99. Auch ob der Pfandschuldner im einzelnen Fall die Cession befördert hat, scheint nicht, wie Schenk, Retentionsrecht S. 261 annimmt, von Erheblichkeit zu sein.

26) Bd. 2 S. 101, 102.

27) A. a. O S. 102.

abzuleiten, wo es der Schuldner gar nicht zum Pfandverkauf kommen ließ, dürfte zu weit gegriffen sein. — Ebensowenig kann ich mit Dernburg übereinstimmen, wenn er[28]) das Retentionsrecht auch da für statthaft hält, wo der chirographarische Creditor sich — vielleicht gerade um sie zu retten — die Pfandforderung cediren und den Besitz des Pfandes sich vom Cedenten übertragen ließ. „Der Schuldner," sagt Dernburg, „trete hier gerade der Person gegenüber, die ihm chirographarisch creditirt habe, und begehe offenbar ein Unrecht, wenn er dieser das Pfandobjekt vor Zahlung der Schulden wegnehmen wolle." Vielmehr scheint mir das Gesetz bei seiner, auf das jus commune begründeten, exceptio entschieden vorauszusetzen, daß das Retentionsrecht dem gegenüber geübt werde, der zugleich für eine andere Forderung dem Gläubiger ein Pfand bestellt hatte. Man durfte annehmen, daß in solchem Fall der Gläubiger eben mit Rücksicht hierauf weiteren, beziehungsweise längeren Credit gegeben habe. Wo ferner der Gläubiger dem Schuldner schlechthin auf Schein creditirt hatte, da war allerdings sein Vertrauen unter Umständen ein größeres, als wenn er es erst nach der Pfandbestellung für eine andere Forderung gethan hätte; aber jedenfalls hatte er hier nicht im Hinblick auf ein Pfandschuldverhältniß creditirt, und wenn wir nach den allgemeinen Worten des Gesetzes in solchem Fall allerdings berechtigt, ja genöthigt sind, bei späterer Contrahirung einer Pfandschuld zwischen chirographarischem Gläubiger und Schuldner das Retentionsrecht zuzulassen, so greift derselbe Grund für den verschiedenen Fall späterer Cession einer Pfandforderung nicht Platz, zumal da nach der Anschauung des classischen römischen Rechts der Cessionar eigentlich eine fremde Schuld als procurator des Cedenten einkassirte, bezüglich deren nur dem Vertretenen kein Wiedereinforderungsrecht zustand. Am allerwenigsten aber dürften die Römer das Retentionsrecht bei dem Ankauf einer Pfandforderung mit der offenbaren Absicht, dadurch früher begründete chirographarische Forderungen zu retten, zugelassen haben, läge doch hier eine Art von cessio

28) A. a. O.

in potentiorem[29]) vor, mit andern Worten: die Lage des debitor, dessen Schuld allerdings fällig ist, der aber durch Rückhaltung des Pfandes in unverhältnißmäßigen Schaden kommen und seine Schuld demnächst auch ohne solche abtragen kann, würde hierdurch verschlechtert, was man im Zweifel anzunehmen keinenfalls berechtigt ist. Daß der Schuldner durch Wegnahme des einem andern Gläubiger gegebenen Pfandes vor Zahlung der Chirographarschuld ein Unrecht begehe, scheint eben insofern petitio principii zu sein, als es sich ja gerade fragt, wie weit hier die aequitas des positiven Rechts reiche. Allgemeine Ansichten über Billigkeit darf man um so weniger als Maßstab benützen, als dieses Gebiet ein schwankendes, blos subjektiven Auffassungen besonders ausgesetztes ist, auf dem durch Nachgeben nicht selten die so wohlthätige Festigkeit und Abgegränztheit der Rechtsprincipien und der Sinn für die Rechtsordnung überhaupt, die doch die Grundlage des äußern menschlichen Verkehrs bildet, leiden wird. Weiter berührt Dernburg noch den Fall, wo der Cedent seine chirographarischen Forderungen übertragen und zugleich ein wegen einer andern Forderung constituirtes Pfand übergeben hat, in welchem der Cedent bereits eine Deckung sah und glaubt, daß hier das Retentionsrecht dem Cessionar unzweifelhaft zustehe: der Cessionar nehme hier nur die Stelle des ursprünglichen Creditors ein und vertrete dessen Rechte. — Gerade hier aber möchte ich das Retentionsrecht am Wenigsten für zulässig halten: scheint doch Dernburg hier eine Art Loslösung des Pfandes von der Pfandforderung anzunehmen, gegen die er sich mit Recht an andern Orten seines Werkes erklärt hat.[30]) In der That, mit welcher

---

29) Ich behaupte natürlich nicht die unmittelbare Anwendbarkeit der ohnehin erst im nachclassischen Recht getroffenen Bestimmungen über cessiones in potentiorem: ich füge nur dem in dieser Frage entscheidenden Princip die Erwägung bei, daß die Römer nach dieser und ähnlichen Bestimmungen (man denke an die redemtio litis) einer Verschlimmerung der Lage des Verpflichteten durch Aenderungen in der Person des Berechtigten sich keineswegs geneigt erwiesen.

30) Man vgl. nur Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 561, Bd. 2 S. 475.

Rechtswirkung kann ein Pfandgläubiger den juristischen Besitz des Pfandes auf Andere übertragen? Doch wohl nur im Weg des ordentlichen Pfandverkaufs oder aber zugleich mit Veräußerung der Pfandforderung selbst! Eine Besitzübertragung ohne Cession der Forderung zu Ausübung des Retentionsrechts scheint mir ebensowenig im Geiste des Civilrechts, als in dessen einzelnen Bestimmungen irgend welchen Anhalt zu finden. Mag immerhin der Pfandgläubiger berechnet haben, daß nach Tilgung seiner Pfandforderung noch diese und jene Pfänder übrig bleiben werden, oder mag sich dies bereits in Wirklichkeit so gestellt haben, und er jetzt zur Cession schreiten: die Uebergabe des Besitzes an den übrig gebliebenen Pfändern erscheint als eine Tradition, die, wenn gleich als solche an sich gültig, doch des Mangels einer civilrechtlichen causa wegen dem Verpfänder und dessen Rechtsnachfolgern gegenüber rechtlich gänzlich unwirksam wäre. Es könnten also diese die Pfänder von dem neuen Besitzer mit der Eigenthumsklage, beziehungsweise actio Publiciana abfordern. Das Pfand war eben nur für die bestimmte Forderung des Cedenten bestellt, und nur der rechtmäßige Pfandgläubiger kann den bei ihm verbliebenen Besitz desselben — von einer Nachhypothek abgesehen — auch zum Zweck der Tilgung der weiter von ihm dem Schuldner auf einfachen Schein gemachten Darlehen für sich geltend machen.

Endlich möchten wir hier noch die Frage betrachten, ob das Retentionsrecht auch wegen chirographarischer Forderungen des Gläubigers an den für einen Dritten intercedirenden Verpfänder stattfinde. Auch hier handelt es sich nicht sowohl darum, ob ein jus singulare auszudehnen, als ob die positiv anerkannte aequitas sich noch auf diesen Fall erstrecke. Dernburg[31]) bejaht dies, indem er sich dahin äußert: „Der chirographarische Schuldner handelt unrecht, wenn er seinem Gläubiger ein Deckungsmittel entzieht, das er als Pfand von ihm in Händen hat; wäre dieser zum Pfandverkauf geschritten, so hätte er sich auch wegen solcher Posten compensando befriedigt.“ Man sieht, es ist dieselbe Argumentation, deren sich

31) A. a O.

Dernburg bereits für seine Ansicht über Zulässigkeit des Retentionsrechts bei cedirten Forderungen bedient hat, und die wir aus den früher angeführten Gründen nicht zu billigen vermögen. — Offenbar nämlich ist bei der ganzen Bestimmung die Identität desjenigen, der die Pfandschuld persönlich übernommen hat, und des chirographarischen Schuldners vorausgesetzt. Wenn ein Dritter für die Schuld eines Andern ein Pfand bestellt, so ist dies immerhin eine mehr außerordentliche Maßregel, die, mag sie nun im Interesse des Schuldners oder des Gläubigers geschehen, das Retentionsrecht hier keineswegs ohne Weiteres als sehr billig erscheinen läßt. Geschieht nämlich die Pfandbestellung aus Rücksicht auf den Schuldner, so kann sie dem Gläubiger im Zweifel eben nur als Sicherheit für die Pfandschuld des Andern dienen; es ist eine außerordentliche Sicherheitsbestellung für diesen, die eben deshalb streng auf ihren nächsten Zweck zu beschränken ist. Der Gläubiger wird hier nicht leicht aus Rücksicht auf das ihm außerordentlicher Weise für die Schuld eines Dritten gestellte Pfand creditiren: er muß es vielmehr natürlich finden, daß dieses Pfand nach Abtragung der Pfandforderung sofort zurückgegeben werde. Wäre aber das Pfand von dem Dritten mit Rücksicht auf den Gläubiger, der das betreffende Geschäft eingehen, sich aber besser gesichert wissen wollte, während der Schuldner vielleicht auch abgesehen von dieser Pfandbestellung Kredit gefunden hätte, gestellt worden, so erschiene es in der That höchst unbillig, wenn nun der Gläubiger diese Liberalität auch für die ihm von dem Verpfänder geschuldeten chirographarischen Posten ausbeuten wollte. Zwar könnte man auch hier wieder entgegenhalten, die Creditirung auf Schein sei vielleicht eben mit Rücksicht auf die Gefälligkeit des Verpfänders bei der Pfandbestellung erfolgt; allein man kann eben nicht in dieser Weise individualisiren: in andern Fällen wird die Creditirung ganz unabhängig von der Intercession sein, deren Wirkungen nach einem bekannten Rechtsgrundsatz nicht zum Nachtheil des Verpflichteten ausgedehnt werden dürfen. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn die Intercession erst nach Contrahirung der chirographarischen Anleihe erfolgte. Da aber das Gesetz nirgends

andeutet, daß die Priorität der Pfandbestellung für die Ausübung des Retentionsrechts maßgebend sein soll, so ist man auch nicht berechtigt, nach dieser Rücksicht in gegebenen Fällen verschieden zu entscheiden.

§. 6. Ueber die Zulässigkeit der condictio sine causa in einigen besondern, in's Pfandrecht einschlagenden Fällen.

I. Hat der dritte Besitzer einer Sache, der sich irrthümlich für den Pfandbesitzer hält und die Pfandforderung auslöst, eine condictio sine causa wegen des unter dieser Voraussetzung irrthümlich Gezahlten? Man sollte meinen, die Bejahung dieser Frage wäre nicht zweifelhaft. Dennoch verneint sie Dernburg[32]) aufs bestimmteste, indem er in dieser Hinsicht bemerkt:

„Der Vindikant leistet dem dritten Besitzer, dem er seine Forderung cedirt, keinerlei Garantie weder für deren juristische Qualitäten, noch für die Solvenz des Schuldners. Er ist eben nur verpflichtet, zu cediren, was er hat, cf. L. 35 §. 2 de R. V. VI, 1. — Existirte jedoch die Forderung nicht, deren Cession verlangt und gewährt wurde, so hat der Cessionar, dem ein nicht existirendes Objekt verkauft wurde, eine condictio sine causa auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises. Bestand dagegen die Forderung, hatte der Vindikant aber kein hypothekarisches Recht oder nur eine Nachhypothek, so kann der Besitzer die gemachte Zahlung nicht revoziren, trotzdem daß ihn die Gefahr trifft, einem sich später meldenden bessern Hypothekar noch einmal zahlen zu müssen. Natürlich steht der Vindikant für falsche Angaben ein, die er doloser Weise in der Absicht machte, den Besitzer zur Oblation zu bestimmen."

Vor Allem scheint es mir verfehlt, die L. 35 §. 2 cit. hieher zu beziehen, wo Paulus libro 21 ad Edictum sagt:

„Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, cujus aestimationem accipit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem."

32) Bd. 2 S. 368, 369.

Denn der Fall, von dem hier die Rede ist, und der unsrige sind gänzlich verschieden. Wenn nämlich allerdings der beklagte Besitzer durch seine Weigerung, durch seinen dolus oder seine culpa dem hiezu an sich berechtigten Vindikanten das eigentliche Objekt der Vindikation entzogen hat, dann soll der Vindikant nicht auch noch vor Zahlung der litis aestimatio Caution wegen Eviktion zu leisten genöthigt werden. Ein ganz anderer Fall aber ist es, wenn der Pfandbesitzer nach der im spätern Recht diesfalls anerkannten aequitas das Pfand eben nicht ohne Weiteres herauszugeben schuldig ist, sondern erst nachdem ihn der Vindikant durch Cession seiner Ansprüche bezüglich seines Regresses sicher gestellt hat; hier gilt eben der Besitzer, als solcher, nicht ohne Weiteres für zur Restitution verpflichtet: wenn er hier die Pfandschuld zahlt, statt die Sache herauszugeben, so befindet er sich durchaus im Recht: diese litis aestimatio, um mich so auszudrücken, ist nicht blos als Nothbehelf zugelassen, weil nun einmal die Naturalexekution überhaupt (wie bekanntlich im ältern römischen Recht) oder unter den besondern factischen Umständen nicht zulässig oder wirksam ist, sondern das Gesetz gestattet sie ebenso, wie sie dem nachstehenden Gläubiger das jus offerendi [32a]) gewährt, den Pfandbesitzer trifft also keine culpa, wegen deren man ihn schutzlos zu lassen hätte, wenn sich später zeigte, daß er die Pfandschuld ohne Grund eingelöst habe. Dies trifft aber nicht blos dann zu, wenn der Gläubiger überhaupt keine Forderung hatte, in welchem Fall er freilich auch nichts cediren konnte, sondern ebenso, wenn in der That keine Pfandschuld, näher keine durch dieses bestimmte Pfand gesicherte Schuld bestanden hat. Was insbesondere zunächst noch den Fall der Nichtexistenz der Forderung überhaupt betrifft, so hat Dernburg gewiß sehr Recht, dem Cessionar, dem ein nicht existirendes Objekt verkauft wurde, eine condictio sine causa auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises zu gewähren. Nur dürfte dieses mit der Art, wie er die L. 35 § 2 cit. zu dieser Lehre in Bezug gesetzt hat, wenig stim-

32a) Nur daß bei diesem die sg. hypothekarische Succession eintritt. Vgl. über diese den folgenden Paragraphen.

men. Im Fall dieser Stelle nämlich wird die litis aestimatio bei wirksamer Eviktion für ein dem Vindikanten angeblich zugestandenes Eigenthumsrecht, das aber in der That nicht begründet war, gezahlt, und hat nichts desto weniger der Besitzer kein Recht auf Zurückforderung der litis aestimatio, weil er eben die Naturalrestitution schuldvoll hintangehalten hatte. Anderseits scheint aber auch in dem Fall, wo der Cedent eine Forderung an den Dritten hatte, für diese Forderung aber in der That dieses Pfand ganz und gar nicht haftete, eine Condiktion sine causa, und zwar näher eine condictio quasi indebiti vollkommen begründet. Der die Forderung Auslösende hat sie nicht durch reines Cessionsgeschäft übernommen, sondern er hat als vermeintlicher Pfandbesitzer gezahlt, indem er sich, wenn er das Pfandobjekt behalten wollte, zur Auszahlung des Gläubigers gegen Cession von dessen Rechten genöthigt hielt. Existirte ferner zwar ein Pfandrecht des Gläubigers an der Sache, aber eben blos eine Nachhypothek, so war die actio hypothecaria des Gläubigers wider den dritten Besitzer, die Fälligkeit der Forderung vorausgesetzt, vollkommen begründet. Nur hätte der Besitzer die Forderung des Nachpfandgläubigers hier nicht unter allen Umständen eingelöst, nämlich jedenfalls dann nicht, wenn der Betrag der Pfandforderungen den Werth des Pfands überstiegen und nicht etwa der erste Pfandgläubiger einen Verzicht auf sein Pfandrecht ausgesprochen hätte, womit dann eben der Nachpfandgläubiger eo ipso erster Pfandgläubiger geworden wäre. Wenn nun der dritte Pfandbesitzer in der irrigen Voraussetzung, der klagende Pfandgläubiger sei einziger Hypothekar, die Forderung desselben ausgelöst hat, so geschah diese Zahlung allerdings von einem Verpflichteten, indem hier die Sache mit einem Pfandnexus zu Gunsten des Gläubigers behaftet war; allein dieser hatte nur das Recht auf den nach Befriedigung des Vorhypothekars übrig bleibenden Werth, und wenn nun der Pfandbesitzer aus Irrthum sich zu einem höhern Betrag als Schuldner haftbar hielt, so zahlte er eben insoweit ein indebitum, wiewohl die Forderung des Gläubigers an sich auf das Ganze begründet war: mit andern Worten, er hat gegen den Empfänger eine condictio

quasi indebiti auf das zu viel Gezahlte.[33]) Verlangt aber dieser, wozu er das Recht hat, das Pfand mit der actio hypothecaria zurück, so hat der Pfandbesitzer das Recht, nicht nur alles an den Nachpfandgläubiger, sondern eben so das an den Vorpfandgläubiger etwa nachträglich Gezahlte mit der exceptio doli ersetzt zu verlangen.

---

33) Vgl. hier Voigt, über die condictiones ob causam S. 656 ff. und von den dort citirten Stellen namentlich Dig. XLVI, 1 de fidejuss. L. 49 §. 1, XLVI, 3 de solut. L. 25, Dig. XII, 6 de cond. ind. L. 31. Allerdings trat im neuern Recht die Richtung hervor, das Gebiet der condictio quasi indebiti zu beschränken; so wurde namentlich dem bonae fidei possessor hereditatis, der wirkliche Erbschaftsschulden berichtigte, die condictio indebiti gegen den Empfänger durch eine Constitution Caracalla's förmlich abgesprochen. Cod. III, 31 de petitione hereditatis. Cst. 5. Dabei wurde im Gegensatz zum allgemeinen Ausspruch von Dig. XII, 6 de cond. ind. L. 19 §. 1 „quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit" (Pomponius) und L. 65 §. 9 eodem: „Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. (Paulus libro 17 ad Plautium) auf den in L. 44 eodem (Paulus libro 14 ad Plautium) enthaltenen Grundsatz Gewicht gelegt: Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Daß es sich hier um keinen absoluten Gegensatz handle, geht schon daraus hervor, daß L. 65 §. 9 und L. 4 cit. aus derselben Schrift des Paulus herrühren. Die classische Jurisprudenz auf ihrer Höhe suchte eben den Grundsatz möglichst allgemein durchzuführen, daß derjenige, welcher Namens eines Andern — als Mandatar oder negotiorum gestor — gezahlt hätte, die Condiktion zunächst lediglich gegen seinen dominus, nicht gegen den Empfänger richten könne. Da man nun den bonae fidei possessor hereditatis, insofern er wirkliche Erbschaftslasten abtrug, als negotiorum gestor behandelte, so sprach ihm Caracalla in cst. 5 cit. ganz consequent die condictio gegen die Erbschaftsgläubiger ab, indem er ihn vielmehr auf die deductio bei der bevorstehenden Restitution der Erbschaft verwies. Wo aber der Zahlende sonst nach Lage der Sache kein wirksames Rechtsmittel gehabt hätte, namentlich weil sich die Erbschaft als insolvent herausstellte (vgl. dagegen für den Fall eigentlicher Zahlung alieno nomine L. 8 D. de cond. indeb. XII, 6) oder weil er als nichtbesitzender vermeintlicher Erbe gezahlt hatte, da gestattete man fortwährend die Condiction (Paulus in Dig. XLII, 5 de reb. auct. jud. L. 6 §. 2, Diocl. et Max. in Cod. IV, 5 de cond. ind. Cst. 5). — Auch im Fall wirklicher Zahlung alieno nomine aber ließ man die Condiktion da

II. Parallel mit der vorigen scheint die weitere Frage zu laufen, ob dem vermeintlichen Nachhypothekar bei dem jus offerendi im Fall der Nichtexistenz des Pfandrechts des angeblichen Primus eine condictio sine causa zustehe. Auch diese Frage scheint unzweifelhaft bejaht werden zu müssen, und doch verneint sie Dernburg, der sich hier dahin äußert:[34])

„Da die Succession in die Rechte des Vorhypothekars nicht auf Grund eines Geschäfts des Abfindenden mit dem Abgefundenen erfolgt, so steht der Letztere dem Ersteren nicht für Eviktion ein, wenn sich künftig seine Forderung oder sein Pfandrecht als nicht existirend herausstellt. Bestand gar keine Forderung des angeblichen Primus, so kann der Nachhypothekar eine condictio indebiti auf Rückforderung des Gezahlten erheben. Existirte die Forderung, aber kein sie deckendes Pfandrecht, so fehlt dem Zahlenden jedes Mittel der Anfechtung, es sei denn ein Dolus des angeblichen Primus nachweisbar, so daß die actio doli aushilft. Nicht haltbar wäre die Behauptung, der Debitor habe unter der Bedingung der Existenz eine Vorhypothek gezahlt: denn der Gläubiger war nicht gehalten, eine bedingt geleistete Zahlung anzunehmen."

Zuvörderst ist die Frage nach der Eviktionspflicht von derjenigen nach der condictio indebiti beziehungsweise sine causa ganz unabhängig, was ich der Deutlichkeit wegen hier hervorheben zu sollen glaube, ohne deshalb die Verkennung

---

unmittelbar wider den Empfänger zu, wo dieser keinen Rechtsanspruch gegen den dominus gehabt hatte, d. i. sein Rechtsverhältniß zu diesem entweder auf einer falsa oder auf einer lucrativa causa beruhte (Ulpianus in Dig. XLIV, 4 de doli mali exceptione L. 7, vgl. mit Julianus in Dig. XXXIX, 5 de donationibus L. 2 §§. 3, 4), vgl. auch Erxleben, die condictiones sine causa Abth. 1 S. 162 ff. und Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts S. 78, 79, von dem ich nur darin abweiche, daß ich 1) die geschichtliche Entwicklung des Dogma in der fraglichen Hinsicht für die umgekehrte halte, indem offenbar die spätere klassische Jurisprudenz (Ulpian und Paulus) hier subtiler und bedenklicher war, als die ältere, und 2) die in L. 7 §. 1 cit. zugelassene Condiktion durchaus nicht für eine aus Billigkeitsrücksichten zugelassene besondere condictio sine causa ansehen kann

34) Bd. 2 S. 528, 529.

dieser Wahrheit in den Worten Dernburg's finden zu wollen. Es kann natürlich (abgesehen vom Dolus) davon nicht die Rede sein, daß im Fall der Nichtexistenz einer Forderung oder eines Pfandrechts des Primus dieser dem Nachhypothekar für sein ganzes bisheriges Interesse haftete. Sodann aber dürfte dem Nachhypothekar eine Condiktion nicht blos dann zustehen, wenn der angebliche Vorhypothekar keine Forderung an den Schuldner hatte, sondern nicht minder auch in dem Fall, wenn der Empfänger zwar eine Forderung an den Schuldner hat, aber eben keine Pfandforderung, näher keine durch dieses bestimmte Pfand gesicherte Forderung. Von einer condictio indebiti allerdings wird es sich hier nicht handeln können, da eben der Zahlende sich nicht zur Auslösung der fremden Schuld verpflichtet halten konnte, sondern vielmehr nur von einer ihm zustehenden Befugniß in seinem Interesse Gebrauch machen wollte. Warum man aber hier auf den letzten juristischen Grund des Solutionsakts nicht ebenso sollte zurückgehen dürfen, wie da, wo demselben die Absicht der Tilgung einer irrig vorausgesetzten Verbindlichkeit zu Grunde liegt, ist nicht einzusehen. — Nur liegt hier allerdings keine falsa causa vor, und ist also auch nicht die condictio indebiti begründet; sondern es war mit der Zahlung eine confirmatio pignoris bezweckt: dieser lediglich beabsichtigte Erfolg bildete den eigentlichen juristischen Grund der Zahlung, und indem nun dieser Erfolg ein nach Lage der Sache unmöglicher war, ist die Zahlung als ebenso sine causa geschehen zu betrachten, wie in dem Fall, wo Sachen als Dos für eine rechtlich unmögliche Ehe hingegeben werden. Eine bedingte Zahlung in solchen Fällen anzunehmen wäre allerdings eine petitio principii, und ganz richtig ist es, daß der Vorhypothekar sich eine solche keineswegs gefallen zu lassen brauchte; aber wie bei Bestellung von Sachen zur dos nicht blos die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung an sich, sondern auch als juristische Voraussetzung des Verbleibens jenes Vermögenswerths das Zustandekommen einer gültigen Ehe in Betracht kommt, so hier die rechtliche Möglichkeit des eigentlichen Grundes der Zahlung: die damit beabsichtigte Ausübung des jus offerendi. Den Zahlenden in solchen Fällen dem praktischen

Erfolg nach (abgesehen von einem dolus des Empfängers) so zu behandeln, als ob er den Solutionsakt donandi animo vorgenommen hätte, wäre offenbar nicht gerechtfertigt. Der Einwand aber, daß der Empfänger hier nur ein debitum erhalten, welches jeder Dritte selbst gegen seinen Willen an ihn gültig hätte abtragen können, daß er also nur suum recepit, und daß deshalb eine Condiktion gegen ihn unstatthaft sei, dürfte sich bei näherer Betrachtung kaum als stichhaltig erweisen. Wenn ich nämlich die Schuld eines Andern, ganz abgesehen von seinem Willen, abtrage, so unterliegt die Gültigkeit des Solutions- und Liberationsakts nicht dem geringsten Zweifel, gerade so wie bei irriger Zahlung eines indebitum; dies schließt aber nicht aus, daß, wenn sich nachher meine Tradition, meine Zahlung als in ihrem letzten materiellen Grund auf einer nichtigen oder rechtlich unmöglichen Voraussetzung beruhend herausstellt, ich die Wirkungen derselben dem materiellen Rechte gemäß gegenüber dem an sich gültigen Solutionsakt mittels einer condictio sine causa auszugleichen vermag, geradeso wie bei einer falsa causa praeterita mit der condictio indebiti. Allerdings nun erleidet nach neuerm Recht die Anfechtung eines Solutionsakts gegenüber einem Empfänger, der suum recepit, gewisse Beschränkungen, und zwar insbesondere dann, wenn im Namen eines Andern gezahlt worden ist. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß die Quellen jenen Grundsatz, abgesehen von dem bonae fidei possessor hereditatis, nur bei Zahlung durch Mandatarien zur Anwendung bringen, und daß sich eine Erweiterung desselben über die Fälle der negotiorum gestio hinaus keinenfalls vertheidigen lassen dürfte.[35]) Von einer solchen aber kann in unserm Fall um deswillen nicht die Rede sein, weil der Offerent die fremde Schuld zwar gültig für diesen, aber nicht um ihn zu verpflichten, sondern principaliter in eigenem Interesse gezahlt hat.

35) Die Ausdehnung des Grundsatzes auf den negotiorum gestor (sc. insofern Ratihabition hinzutritt) wird man allerdings annehmen müssen. Witte a. a. O. S. 80 ff. Der bonae fidei possessor hereditatis wird ja einem solchen gleichgestellt, insofern er wirkliche Lasten der Erbschaft abträgt. Witte S. 24 ff.

Aus denselben Gründen würde ich endlich auch

III. Demjenigen eine condictio sine **causa** zusprechen, der einen Vorhypothekar in der irrigen Meinung, eine Nachhypothek an derselben Sache zu besitzen, ausgelöst hätte.[36])

(Schluß im nächsten Hefte.)

VI.

Die neuesten Leistungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung mit Rücksicht auf die neuesten Verhandlungen über Bedeutung, Werth und Anwendbarkeit der französischen Civilprozeßgesetzgebung.

Von **Mittermaier.**

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI im vorigen Bande).

In neuester Zeit ist die Aufmerksamkeit in wissenschaftlichen Arbeiten und in legislativen Verhandlungen durch den neuen preußischen Entwurf auf den französischen Civilprozeß gelenkt worden und zwar in der Richtung, daß dies Verfahren ein Gegenstand heftiger Angriffe und die Nachahmung desselben in deutschen Gesetzesarbeiten für nachtheilig erklärt wurde. Aehnliche Erscheinungen waren zur Zeit bemerkbar, als in Deutschland immer dringender im Strafverfahren die Mündlichkeit gefordert wurde. Als 1848 die öffentliche Stimme, welche diese Forderung geltend machte, durch die damaligen Zustände eine große Macht erhielt, wurde auch allgemein das Bedürfniß ausgesprochen, eine auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebaute Civilprozeßgesetzgebung einzuführen. Da die herrschende Meinung die war, daß in der französischen Gesetzgebung die geforderte Mündlichkeit schon verwirklicht sei, so war es begreiflich, daß bei den in einzelnen Staaten gemachten Gesetzesarbeiten die französischen Gesetzbücher zum Vorbild genommen wurden. Wäh-

---

36) A. M. auch hier Dernburg Bd. 2 S. 527, 528.